XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I

ANDREA ABRAHAO COSTA

DANIELA MARQUES DE MORAES

PAULO CEZAR DIAS

Copyright © 2023 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

F723

Formas consensuais de solução de conflitos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Andrea Abrahao Costa; Daniela Marques De Moraes; Paulo Cezar Dias. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-819-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Formas consensuais. 3. Solução de conflitos. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I

Apresentação

O GT FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I ocorreu no XII Congresso Internacional do CONPEDI, renomado evento que promove o intercâmbio acadêmico e científico na área do direito, nos dias 12, 13 e 14 de outubro de 2023, na cidade de Buenos Aires, Argentina. Os trabalhos, antes da apresentação no referido Congresso Internacional passaram previamente por no mínimo dupla avaliação cega por pares e em sua maioria são frutos de resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-Graduação e graduação em Direito, que retratam parcela relevante dos estudos ligados às formas diversas de tratamento de conflitos que têm sido desenvolvidos na temática central do Grupo de Trabalho. Objetivou demonstrar que se pode ter efetividade no tratamento de um conflito, mesmo com a utilização de outros canais para acesso à Justiça efetivo, diverso da maneira tradicional, qual seja, a judicialização. No Grupo de Trabalho procurou-se dar visibilidade para os debates que envolvem a complexidade das experiências dos grupos de estudos e indivíduos que buscam por uma amenização de suas questões conflituosas de uma maneira diferente do "Olho por olho, dente por dente" – Hamurabi. Com efeito, trata-se de publicação que reúne artigos de temáticas diversas da conhecida forma de jurisdição estatal, cujo resultado é uma decisão que, como discutido durante as apresentações dos trabalhos, nem sempre são a melhor alternativa que a parte envolvida em uma questão aguarda. Por sorte, entre as referidas temáticas foram discutidas as importâncias do papel prestado pelas Serventias Extrajudiciais aos indivíduos; em questão conflituosas e/ou não, foi trazido à baila a importância de negociação para o sucesso das relações entre os indivíduos, inclusive abarcando as tratativas no âmbito da administração pública. Em relação à economia processual ou procedimental, discutiu-se formato de atender direitos coletivos pelas ferramentas da mediação, com apontando, ainda, estudo através de Joint Fact Finding e a mediação Waratana, fazendo com que o leque de subsídios que alicerçam a chamada Justiça Multiportas possa ser ainda mais fortificado. Houve a oportunidade também, de demonstrar a possibilidade de restabelecimento de diálogos na chamada Advocacia Administrativa, com objetivo de garantir um efetivo acesso à justiça para os próprios causídicos, além dos indivíduos que aguardam uma maneira de solução ou tratamento de seu conflito. Os trabalhos foram apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa, o que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes. A coletânea reúne um conjunto de artigos que apontam questões jurídicas relevantes na sociedade contemporânea, todos com olhos e

vinculados ao Estado Democrático de Direito, com intuito de garantir uma sociedade, justa fraterna e solidária, com destaque aos temas ligados à Justiça Restaurativa e Direito Fraternal. Destacou-se, neste contexto, a formulação, execução, acompanhamento e avaliação de políticas públicas internacionais, nacionais, regionais ou locais, capazes de proteger e atenuar os impactos dos grupos, em especial, aqueles em situação de vulnerabilidade. Oportuno, ressaltar, que, com a oportunidade de realização do GT, foram realizadas trocas de experiências entre participantes e coordenadores do Grupo de Trabalho, o que permitiu integração entre os pesquisadores, além de os novos conhecimentos apresentados e discutidos terem sido agregados nos ideais de cada um e de cada uma, com intuito de colaborar para a efetividade de uma política pública eficaz, em especial quando se estuda formas consensuais de conflitos. Os coordenadores deste GT, Professores: Dra. Andrea Abrahao Costa, Universidade Federal de Goiás - UFG, Dra. Daniela Marques de Moraes, Universidade de Brasília - UnB, Dr. Paulo Cezar Dias, Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM /SP, externam desejos que todos tenham uma excelente leitura!

Nesse contexto, foram apresentados os seguintes trabalhos:

1. A GESTÃO DE DADOS NA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NAS AÇÕES DE FAMÍLIA NO DISTRITO FEDERAL: ESTUDO DA REGIÃO ADMINISTRATIVA DE BRASÍLIA - Eneida Orbage De Britto Taquary , Catharina Orbage De Britto Taquary Berino , Daniel Machado Berino

2. A HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO E O RESPEITO À AUTONOMIA DA VONTADE PARA OS EMPREGADOS HIPERSUFICIENTES E A UTILIZAÇÃO DA CLÁUSULA MED-ARB PARA SOLUÇÃO DO CONFLITO - Eduardo Augusto Gonçalves Dahas , Volnei Rosalen , Paula Gomes da Conceição

3. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL COMO MECANISMO DE TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROMOÇÃO DE DIREITOS HUMANOS - Maria De Lourdes Araújo, Andréa Carla de Moraes Pereira Lago

4. A JUSTIÇA RESTAURATIVA NO CONTEXTO JURÍDICO: ANÁLISE DA EFICÁCIA, VIRTUDES ÉTICAS EDESAFIOS COTEMPORÂNEOS -Jonne Fred Andrioti , Carla Abrantkoski Rister , Valquíria Pereira Tenório

5. A MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA ENQUANTO MECANISMO DE TRATAMENTO DE CONFLITOS PARA UMA CULTURA DE PAZ SOB A PERSPECTIVA DA METATEORIA DO DIREITO FRATERNO - Gabrielle Scola Dutra , Charlise Paula Colet Gimenez , Maria Eduarda Granel Copetti

6. A NEGOCIAÇÃO POR MEIO DE ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E CÍVEL NOS ILÍCITOS DE CORRUPÇÃO - Jose De Oliveira Junior, Wilson Antônio Steinmetz

7. JUSTIÇA MULTIPORTAS: MEDIAÇÃO JUDICIAL COMO PRÉ REQUISITO PARA PROCESSOS LITIGIOSOS - Eneida Orbage De Britto Taquary , Catharina Orbage De Britto Taquary Berino , Daniel Machado Berino

8. A TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS STRICTO SENSU NA MEDIAÇÃO EM CONFLITOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS A PARTIR DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE - Rafaela Vargas Candido Rodrigues Goulart, Luciana de Aboim Machado

9. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL: O USO DA ODR (ONLINE DISPUTE RESOLUTION) PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS - Andrea Abrahao Costa , Julia Da Costa Ferreira

10. JOINT FACT FINDING COMO SUBSTITUTO ADEQUADO PARA A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA - Daniel Secches Silva Leite, Luciana Costa Estêvão , Suzana Oliveira

11. O DIREITO E A EDUCAÇÃO DE MÃOS DADAS NA APLICAÇÃO DAS PRÁTICAS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA - Rubia Spirandelli Rodrigues , Renata Aparecida Follone , Cristina Veloso De Castro

12. O PAPEL DOS CARTÓRIOS NA CONTENÇÃO DO SUPERENDIVIDAMENTO ATRVÉS DOS MEIOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E O CONSEQUENTE RESGATE DA DIGNIDADE DO DEVEDOR - Anny Caroline Sloboda Anese , Bruno Bastos De Oliveira

Daniel Secches Silva Leite, Camila Pereira Linhares , Ana Carolina de Figueiredo Rodrigues

13. OS MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇO DE CONFLITOS (ADRS) NO CENÁRIO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES BRASILEIRA: UMA VISO SOBRE A ELEIÇO DO COMITÊ DE RESOLUÇO DE DISPUTAS - Daniel Secches Silva Leite , Camila Pereira Linhares , Ana Carolina de Figueiredo Rodrigues

14. UMA NOVA CONTRIBUIÇÃO AO DEBATE SOBRE AS PERSPECTIVAS E VANTAGENS DA ADVOCACIA COLABORATIVA E DA MEDIAÇÃO NO ÂMBITO EMPRESARIAL. - Jorge Luiz Lourenço das Flores, Sofia Gomes Frese

15. “PARCE QUE C’ÉTAIT LUI, PARCE QUE C’ÉTAIT MOI”; O EXERCÍCIO DA ALTERIDADE E O RECONHECIMENTO DA OUTRIDADE PELA MEDIAÇÃO WARATIANA E SEUS REFLEXOS NO AMBIENTE LABORAL: UM ESTUDO DE CASO - Amilson Albuquerque Limeira Filho, Adriano Costa de Freitas

A NEGOCIAÇÃO POR MEIO DE ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E CÍVEL NOS ILÍCITOS DE CORRUPÇÃO

NEGOTIATION THROUGH CRIMINAL AND CIVIL NON-PROSECUTION AGREEMENTS IN CORRUPTION OFFENCES

Jose De Oliveira Junior [1]
Wilson Antônio Steinmetz [2]

Resumo

Analisa-se o uso do acordo de não persecução penal e do acordo de não persecução cível nos casos de ilícitos de corrupção a partir do princípio da proporcionalidade. Classificam-se os ilícitos de corrupção, diferenciando os ilícitos penais de corrupção e os ilícitos cíveis de improbidade administrativa. Aborda-se o conceito de indisponibilidade direitos fundamentais. Identificam-se os direitos fundamentais da sociedade e do acusado pertinentes diante dos ilícitos de corrupção. Trata-se do direito fundamental ao governo honesto. Averigua-se a existência de violação ao direito de liberdade do investigado/acusado. Discute-se sobre a efetividade da aplicação dos institutos negociais na proteção do bem jurídico tutelado. Abordam-se as inovações promovidas pela Lei nº 13.964/2019 e pela Lei 14.230 /2021. O referencial de base é a teoria da proporcionalidade na versão de Robert Alexy. Utiliza-se o método da análise conceitual e crítica. Conclui-se que a utilização dos acordos de não persecução penal não viola o direito de liberdade do acusado e promove a proteção do direito fundamental ao governo honesto da coletividade.

Palavras-chave: Crimes de corrupção, Acordos de não persecução, Direitos fundamentais, Indisponibilidade, Princípio da proporcionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

The use of the criminal non-prosecution agreement and the civil non-prosecution agreement in cases of corruption offenses is analyzed based on the principle of proportionality. Corruption offenses are classified, differentiating criminal offenses from corruption and civil offenses from administrative impropriety. The concept of unavailability of fundamental rights is addressed. The fundamental rights of society and the accused relevant to the offenses of corruption are identified. This is the fundamental right to honest government. The existence of a violation of the investigated/accused person's right to freedom is verified. It discusses the effectiveness of the application of business institutes in the protection of the protected legal interest. The innovations promoted by Law nº 13.964/2019 and by Law 14.230

---

[1] Doutorando em Direito (UNOESC). Mestre em Ciência Jurídica e Doutorando em Direito no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

[2] Doutor em Direito (UFPR). Professor dos Curso de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Caxias do Sul e da Universidade do Oeste de Santa Catarina

/2021 are discussed. The basic reference is the theory of proportionality in Robert Alexy's version. The method of conceptual and critical analysis is used. It is concluded that the use of criminal non-prosecution agreements does not violate the accused's right to freedom and promotes the protection of the fundamental right to honest government of the community.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Crimes of corruption, Non-prosecution agreements, Fundamental rights, Unavailability rights, Principle of proportionality

1 INTRODUÇÃO

O combate à corrupção não é tema reservado somente ao direito contemporâneo, encontrando raízes que remetem à Antiguidade, sendo a corrupção entendida como todo ato ilícito de violação moral praticado por determinado agente público que explora seu poder para auferir vantagens indevidas em prejuízo à sociedade.

A Constituição de 1988 consagrou a moralidade administrativa como um dos princípios que regem a Administração Pública (CF, art. 37, caput), bem como expressamente estabeleceu que aos atos de improbidade administrativa são aplicáveis as sanções de suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário (CF, art. 37, § 4º), tendo sido a questão da improbidade administrativa regulamentada ainda nos primeiros anos após a Constituição de 1988 pela Lei 8.429/1992 - Lei de Improbidade Administrativa -, o que reforçou sobremaneira o movimento de luta contra a corrupção.

A exigência de boa administração deriva do direito fundamental ao governo honesto – como direito fundamental implícito na forma do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal - e a garantia desse direito foi objetivo do constituinte ao estabelecer uma rígida disciplina para a improbidade administrativa.

A concreção do direito ao governo honesto foi materializada no sistema brasileiro pela Lei 8.429/92, mediante sanções cíveis de forte rigidez, que buscavam ir além das sanções de natureza criminal aplicáveis a determinados comportamentos corruptos. Destarte, a responsabilização dos ilícitos de corrupção deixou de se limitar aos crimes de corrupção previstos no Código Penal, passando a ter grande aplicação a lei de improbidade administrativa.

Ocorre que este movimento de endurecimento do combate à corrupção no Brasil foi contemporâneo ao desenvolvimento de políticas criminais de desencarceramento e de meios alternativos de solução de conflitos, os quais seguiam influências do direito norte americano. Nesse contexto, passou-se a se discutir a aplicabilidade de institutos negociais em casos de ilícitos de corrupção, ou seja, a celebração de acordos extrajudiciais ou judiciais em casos de corrupção. Sob o argumento da indisponibilidade do bem jurídico tutelado nos ilícitos de corrupção, qual seja, o direito fundamental ao governo honesto, ergueu-se um entendimento defendendo a impossibilidade de negociação.

De outro lado, formou-se um entendimento sustentando a aplicabilidade de meios alternativos de solução de conflitos, os quais seriam mais efetivos para a tutela do bem jurídico. Mas além da questão do bem jurídico tutelado, a discussão gira em torno também dos direitos

da pessoa acusada da prática de ilícitos de corrupção, tendo em vista a possibilidade de se cogitar violação ao seu direito indisponível de liberdade.

A análise da aplicabilidade de institutos negociais em procedimentos e processos relacionados a apuração da prática de ilícitos de corrupção demanda a utilização do princípio da proporcionalidade.

Sobreveio no ordenamento jurídico brasileiro a Lei 13.964/2019, a qual estabeleceu a aplicação do instituto do acordo de não persecução penal, cujos requisitos permitem a aplicação a diversos crimes de corrupção, inclusive os de penas mais elevadas, como a corrupção passiva, por exemplo. Recentemente, a Lei 14.230/2021 regulamentou o acordo de não persecução cível que também havia sido instituído pela Lei 13.964/2019, sendo tal instituto aplicável aos atos de improbidade administrativa.

Essas inovações legislativas fizeram reacender as discussões acerca do cabimento e efetividade dos meios alternativos de solução de conflitos nos casos envolvendo ilícitos de corrupção.

O presente estudo pretende investigar as características dos ilícitos de corrupção, quais sejam, crimes de corrupção previstos na legislação penal e atos de improbidade administrativa, bem como analisar os institutos *acordo de não persecução penal* e *acordo de não persecução cível*, além da indisponibilidade do direito fundamental ao governo honesto e do direito fundamental de liberdade da pessoa investigada ou processada, para ao fim, com base numa análise de proporcionalidade, apresentar uma conclusão acerca do cabimento e efetividade de tais institutos à luz da Constituição.

Assim, realizando-se a revisão da literatura especializada e a análise sistemática do direito vigente, objetiva-se investigar a possibilidade de negociação de direitos indisponíveis pertencentes tanto à sociedade quanto à pessoa acusada, por meio da celebração de acordo de não persecução penal e acordo de não persecução cível, nos casos envolvendo ilícitos de corrupção.

2 ILÍCITOS DE CORRUPÇÃO

Consoante Oliveira Júnior (2020, p. 19), a corrupção é “uma violação moral superior qualificada pela presença e exploração de uma relação de poder, objetivando-se a obtenção de vantagem indevida ao agente público e/ou ao particular, em prejuízo à sociedade”.

Os ilícitos de corrupção são o gênero, que possui como espécies os crimes de corrupção previstos no âmbito penal, os atos de improbidade administrativa, os crimes de responsabilidade e as infrações político-administrativas.

O presente estudo limita-se a abordar como ilícitos de corrupção apenas os crimes de corrupção, que podem estar previstos no Código Penal e outras leis penais, bem como os atos de improbidade administrativa, tendo em vista que somente em tais ilícitos é possível a aplicação das inovações negociais que serão analisadas, quais sejam, acordo de não persecução penal e acordo de não persecução cível.

Assim, neste estudo, quando se fala em ilícitos de corrupção, estão sendo tratados apenas os crimes de corrupção de repercussão penal e os atos de improbidade administrativa, em que pese não se ignorar a existência de outros ilícitos de corrupção que somente não serão abordados por não estarem sujeitos aos acordos consensuais em estudo.

2.1 Crimes de Corrupção

Para Welzel (1987, p. 11), o direito penal "é aquela parte do ordenamento jurídico que fixa as características da ação criminosa, vinculando-lhe penas ou medidas de segurança", de modo que se verifica a marcante presença da possibilidade de restrição da liberdade do indivíduo.

A Lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro - Decreto-lei nº 3.914/1941 - conceitua o crime a partir de uma descrição das características que diferenciam crime de contravenção, limitando-se a prescrever que "Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente" (Brasil, 1941).

Numa perspectiva formal, crime é todo comportamento (ação ou omissão) proibido por lei, sob ameaça de aplicação de uma pena. Já na perspectiva material, crime é todo comportamento que viola os bens jurídicos mais importantes da sociedade, sujeito a aplicação de uma pena.

No Brasil, a tutela penal contra os ilícitos de corrupção foi primeiro sistematizada no Código Penal, reforçando um movimento histórico de reconhecimento e repressão aos crimes de corrupção.

Sobre a corrupção e sua repressão ao longo da história, há registros bastante antigos que demonstram que a temática da corrupção tem sido objeto de preocupação do legislador

desde períodos antigos, como no caso da Lei das XII Tábuas, os casos de corrupção que teriam se tornado recorrente no Império Romano, dentre outros[1].

Por óbvio, nem todos os crimes previstos na legislação criminal configuram crimes de corrupção, sendo possível apresentar um rol de crimes que sempre serão considerados como crimes de corrupção, como o caso da corrupção passiva, bem como outros crimes que a depender das características específicas do caso concreto, poderão ser classificadas como crimes de corrupção[2].

Acrescenta o citado autor que existem vários outros dispositivos de natureza penal que poderão ou não ser enquadrados como crimes de corrupção, a depender da análise do caso concreto, como ocorre, por exemplo, nos crimes de lavagem de dinheiro (art. 1ª da Lei nº 9.613/1998) e organização criminosa (Lei 12.850/2013), devendo ser analisada a presença de um agente público que explore a relação de poder estatal para beneficiar a si ou terceiros (Oliveira Júnior, 2020, p. 69).

---

[1] Nesse sentido, afirma Hoffbauer (1958, p. 364-365) que "O afarismo, o crescente arrojo das especulações, a voracidade dos apetites, o aliciamento do fausto, a febre do ganho, a steeplechase dos interesses financeiros sistematizaram, por assim dizer, o tráfico da função pública. A corrupção campeia como um poder dentro do Estado. E em todos os setores: desde o "contínuo", que não move um papel sem a percepção de propina, até a alta esfera administrativa, onde tantos misteriosamente enriquecem da noite para o dia. De quando em vez, rebenta um escândalo, em que se ceva o sensacionalismo jornalístico. A opinião pública vozeia indignada e Têmis ensaia o seu gládio; mas os processos penais, iniciados com estrépito, resultam, as mais das vêzes, num completo fracasso, quando não na iniquidade da condenação de uma meia dúzia de intermediários deixados à sua própria sorte. São raras as môscas que caem na teia de Aracne. O "estado-maior" da corrupção quase sempre fica resguardado, menos pela dificuldade de provas do que pela razão de Estado, pois a revelação de certas cumplicidades poderia afetar as próprias instituições. [...] Deve reconhecer-se, entretanto, que a corrupção não se apresenta como um traço peculiar da época contemporânea: ela é de todos os tempos. Cita-a Montesquieu como uma das causas da queda do Império Romano. Atestam a sua prática os preceitos repressivos das mais antigas legislações. A venalidade da justiça, notadamente, era objeto de severas penalidades das leis primitivas. O juiz corruto, pela lei mosaica, era punido com a flagelação, e na Grécia com a morte. Conta a História que o rei Cambises mandou esfolar vivo um juiz venal, cuja pele foi guarnecer a cadeira onde devia sentar seu substituto. No antigo direito romano, a pena capital era igualmente cominada aos magistrados que mercadejavam com a função. A Lei das XII Tábuas declara: "Si judex aut arbiter jure datur ob rem judicandam pecuniam acceperit capit luito". Da corrupção cuidaram, posteriormente, as leis Calpúrnia, Servília, Cornélia e Júlia "de repetundis". Justiniano dizia que "pecunias ex officiis conquierere omnium flagitiorum principium est et finis". Ao que parece, entretanto, as sanções civis e cominações penais, na espécie, vieram a tornar-se letra morta, pois sua inanidade é demonstrada pelo fato de que, como observa Silva Ferrão, 'houve tempo em que na desmoralização de costumes entre os romanos, um cidadão rico estava certo de que, por maior que fôsse seu crime, não era possível sofrer uma condenação: pecuniosum hominem, quamvis sit nocens, neminem possi damnare'".

[2] Oliveira Júnior (2020, p. 67-68) apresenta um rol de crimes típicos de corrupção previstos no Código Penal, afirmando que "Já na seara criminal, os crimes específicos de corrupção estão previstos no Código Penal: a) peculato (art. 312 do Código Penal); b) inserção de dados falsos em sistema de informação (art. 313-A do Código Penal); c) concussão (art. 316 do Código Penal); d) corrupção passiva (art. 317 do Código Penal); e) prevaricação (art. 319 do Código Penal); f) tráfico de influência (art. 332 do Código Penal); g) corrupção ativa (art. 333 do Código Penal); h) corrupção ativa em transação comercial (art. 337-B do Código Penal); i) tráfico de influência em transação comercial internacional (art. 337-C do Código Penal); j) exploração de prestígio (art. 357 do Código Penal). Tais dispositivos correspondem comportamentos que sempre configurarão corrupção, na perspectiva do conceito jurídico proposto neste trabalho".

A tutela penal dos ilícitos de corrupção demonstra que o legislador reconheceu o alto grau de prejudicialidade dos comportamentos corruptos para a sociedade, buscando atingir o *status libertatis* das pessoas que violem a norma proibitiva.

Isso porque o direito penal é a *ultima ratio*, ou seja, é guiado pelo princípio da intervenção mínima, que propõe a ideia de que o direito penal somente deve ser utilizado para proteção dos bens jurídicos mais relevantes[3].

Mas apesar da existência da tutela penal do direito fundamental ao governo honesto, a relevância do bem jurídico fez com que o constituinte estabelecesse também uma gravosa modalidade de responsabilização na esfera cível para os ilícitos de corrupção, denominada improbidade administrativa.

2.2 Atos de Improbidade Administrativa

A improbidade é a qualidade do ímprobo (Garcia, 2006, p. 107), tratando-se de conceito tradicionalmente atrelado à ideia de desonestidade, má conduta e mau caráter, sendo que quando analisado no âmbito da Administração Pública, faz da improbidade administrativa a descrição do comportamento desonesto praticado em detrimento desta.

Tanto o constituinte originário quanto o legislador optaram por tratar do comportamento indevido, qual seja, a improbidade administrativa, e não do comportamento devido, qual seja, a probidade administrativa.

De toda forma, sempre que se aborda o conceito de improbidade administrativa, é importante analisar seu comportamento oposto, qual seja, o de probidade administrativa, para um melhor entendimento do instituto, sendo que a probidade remonta do latim *probus*, que significa aquilo que brota bem, apontando para algo que é bom, correto, adequado.

Destarte, os atos de improbidade administrativa são aqueles praticados por agentes públicos, ou por estes em conluio com terceiros, que violam o dever de honestidade com a Administração Pública.

Na Constituição de 1988, a improbidade administrativa é abordada em várias oportunidades, especialmente para destacar as sanções a que estão sujeitos aqueles que

[3] Consoante Bitencourt (2016 p. 54), "O princípio da intervenção mínima, também conhecido como ultima ratio, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável".

incorrerem em tais atos, quais sejam, suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário[4].

Já a regulamentação e tipificação dos atos de improbidade administrativa foi realizada pela Lei nº 8.429/1992 - Lei de Improbidade Administrativa -, a qual prevê três espécies de atos de improbidade administrativa, quais sejam, os que causam enriquecimento ilícito, os que causam dano ao erário e os que violam os princípios que regem a Administração Pública.

Sobre a natureza das sanções aplicáveis aos agentes que praticam atos de improbidade administrativa, apesar da existência de divergências doutrinárias[5], prevalece o entendimento de que se trata de sanções cíveis.

Também existe divergência acerca da natureza dos interesses defendidos pela lei de improbidade administrativa, sendo que alguns autores sustentam que o interesse defendido não é o interesse transindividual, mas sim o interesse público primário[6], enquanto que há autores que defendem que são tutelados interesses transindividuais[7].

Assim, a responsabilização dos agentes que praticam atos de improbidade administrativa é um dos importantes mecanismos de combate à corrupção e proteção do direito fundamental ao governo honesto.

3 NEGOCIAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS?

Os direitos indisponíveis são aqueles direitos cuja proteção é de interesse público, razão pela qual são tidos como irrenunciáveis, inalienáveis e intransmissíveis por parte dos próprios titulares (Ferrajoli, 2001, p. 32). Nesse sentido, o processo histórico de reconhecimento da

---

[4] Dispõe o §4º, do artigo 37, da Constituição de 1988: "§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível" (Brasil, 1988).

[5] Waldo Fazzio Júnior (2003, p. 47 e 296), na mesma linha do que defende Marino Pazzaglini Filho, entende que os atos de improbidade administrativa possuem natureza político-civil-administrativa. Lado outro, Maria Sylvia Di Pietro sustenta que a improbidade administrativa se constitui como um ilícito de natureza civil e política porque pode levar a perda do cargo, indisponibilidade dos bens e ressarcimento dos danos (2019, p. 907). O Supremo Tribunal Federal possui entendimento no sentido de que a improbidade administrativa possui natureza político-administrativa (STF, 2007, Reclamação nº 2138/DF). Por fim, defendendo que as sanções por atos de improbidade administrativa possuem natureza cível, é o entendimento de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2006, p. 428).

[6] Nesse sentido, Mazzilli (2001, p. 195) afirma que "A defesa da probidade administrativa não envolve interesse transindividual (de grupos, classes ou categorias de pessoas), mas sim interesse público primário (bem geral da coletividade.

[7] Para Bastos (2021, p. 118), "Ora, o patrimônio público econômico (bens ou valores geridos por entidades de direito público interno e pelas extensões jurídico-privadas da Administração Pública) e o interesse no sentido de uma Administração proba são, à toda evidência, interesses transindividuais, ou seja, interesses representados por número indeterminado de pessoas ligadas por relações básicas fáticas. São, pois, interesses difusos (art. 81, parágrafo único, I, CDC)".

indisponibilidade de determinados direitos teria o escopo de garantir a melhor proteção de determinados direitos e interesses considerados fundamentais (Venturi, 2016).

Quando direitos caros à sociedade como os relacionados a interesses públicos primários, tais como patrimônio público, meio ambiente e saúde, bem como direitos individuais fundamentais consagrados, tais como os de liberdade e igualdade, são colocados à mesa para discussão acerca da aplicação de institutos negociais, a tese da inegociabilidade de tais direitos emerge com a força da tradição doutrinária e jurisprudencial brasileira acerca do tema[8].

Tal conclusão acerca da inegociabilidade pode decorrer de confusões terminológicas e formulações doutrinárias desprovidas de maior reflexão que se consolidaram ao longo dos anos.

Nesse sentido, Martel (2010) desenvolve interessante raciocínio, no sentido de que o conceito de indisponibilidade dos direitos fundamentais é confuso, especialmente quando se analisa a questão sob dois planos, sendo o primeiro conceitual-descritivo, sustentando que a indisponibilidade integra o próprio conceito de direito fundamental; e o segundo que é normativo, defendendo que os direitos fundamentais devem ser indisponíveis, existindo justificação para o uso da coercibilidade estatal para impedir a disposição dos direitos fundamentais.

No caso dos ilícitos de corrupção, seja na esfera cível, seja na criminal, a possibilidade de negociação entre o curador do direito fundamental ao governo honesto e o investigado/processado, deve ser analisada sob a perspectiva de proteção não apenas do direito fundamental ao governo honesto, mas também do direito fundamental de liberdade da pessoa investigada ou processada.

O legislador infraconstitucional recentemente inovou ao criar os institutos do acordo de não persecução penal e do acordo de não persecução cível, aplicáveis nas esferas penal e cível, respectivamente, inclusive nos casos envolvendo ilícitos de corrupção.

3.1 Acordo de Não Persecução Penal

[8] Sobre o tema, Venturi (2016) apresenta interessante consideração no sentido de que "Por vezes confundida com a própria fundamentalidade e inalienabilidade dos direitos de personalidade (vida, liberdade, dignidade, honra)3 ou dos direitos sociais transindividuais (patrimônio público, meio-ambiente, moralidade administrativa, saúde, educação, bem-estar social), a indisponibilidade parece ter se tornado no sistema de Justiça brasileiro expressão emblemática e autoexplicativa, cuja mera menção bastaria por si mesma para justificar tanto a hiperproteção como a ultra restrição do exercício de direitos fundamentais".

O instituto do acordo de não persecução penal foi inserido no Brasil mediante questionável medida do Conselho Nacional do Ministério Público, o qual por meio da Resolução nº 181/2017, sem qualquer espécie de prévia previsão legal, estabeleceu os parâmetros a serem seguidos pelos órgãos do Ministério Público de todo o Brasil para a celebração dos acordos na esfera penal.

Tratou-se de movimento que buscou reproduzir o que aconteceu na Alemanha, país em que mesmo antes de uma previsão legal, adotou na prática forense um procedimento informal de acordos na esfera penal[9].

Na Alemanha, esses acordos eram similares ao *plea bargaining* dos Estados Unidos, porém com a diferença que não tinham natureza formal, tratando-se apenas de um acordo baseado na confiança, não tendo o acusado que se declarar culpado (*guilty plea*), mas formalizando uma confissão que somente poderia ser valorada perante o Tribunal como meio de prova para a sua culpabilidade (Schunemann, 2004, p. 179-180).

O acordo de não persecução penal previsto na Resolução nº 181/2017 do CNMP reconhecia a natureza jurídica negocial do acordo, estabelecendo regras para a concessão do benefício, dentre as quais a confissão formal e detalhada da prática do delito, além das obrigações de reparação do dano ou restituição da coisa, renúncia a bens e direitos, prestação pecuniária, prestação de serviços à comunidade e outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal (Brasil, 2017).

Com a aprovação do denominado "Pacote Anti-crime" (Lei nº 13.964/2019), o acordo de não persecução penal passou a ser previsto no artigo 28-A, do Código de Processo Penal, com praticamente todos os requisitos previstos na Resolução nº 181/2017 do CNMP, com especial destaque para a necessidade de confissão formal e circunstanciada do aceitante[10].

---

[9] Nesse sentido, afirmam Vasconcellos e Moeller (2016, p. 15), que "Na Alemanha os acordos consensuais surgiram na prática forense, sem qualquer autorização legal, desenvolvendo-se de modo informal até a consagração de sua importância na postura dos atores processuais, o que incitou o judiciário e, posteriormente, o legislativo a atuarem para sua regulação".

[10] Dispõe o artigo 28-A, do CPP: Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que

Sobre o novo instituto, os grandes debates doutrinários e jurisprudenciais estão relacionados à discricionariedade ou obrigatoriedade do Ministério Público em oferecer o acordo de não persecução penal, especialmente em razão da previsão do caput do artigo 28-A do CPP que estabelece que o acordo somente poderá ser realizado quando "necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime"[11], bem como a disponibilidade dos direitos fundamentais envolvidos, seja relacionado ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal, seja o direito de liberdade e de presunção de inocência do investigado que celebra o acordo mediante confissão.

3.2 Acordo de Não Persecução Cível

A possibilidade de negociação nos casos envolvendo a prática de atos de improbidade administrativa foi inicialmente regulamentada por meio da Resolução nº 179/2017 do Conselho

---

proporcional e compatível com a infração penal imputada. § 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. § 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. § 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. § 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. § 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. § 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. § 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo. § 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia. § 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. § 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. § 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. § 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo. § 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. § 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

[11] Sobre o tema, o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centros de Apoio Criminal (GNCCRIM) apresentaram o seguinte enunciado: Enunciado 19 (art. 28-A, caput): O acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§ 14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto.

Nacional do Ministério Público, a qual estabeleceu a possibilidade de celebração de termo de compromisso de ajustamento de conduta nos casos de prática de ato de improbidade administrativa[12].

Da mesma forma que aconteceu com o acordo de não persecução penal, a regulamentação da negociação envolvendo atos de improbidade administrativa não se deu por meio de lei, mas sim por ato regulamentar do Conselho Nacional do Ministério Público, fato este alvo de críticas, notadamente pela suposta violação ao princípio da legalidade.

Porém, a diferença foi que o ato negocial foi regulamentado utilizando-se um instituto já existente e amplamente utilizado na celebração de acordos envolvendo outros direitos transindividuais/sociais, qual seja, o compromisso de ajustamento de conduta, regulamentado pelo § 6º, do artigo 5º, da Lei nº 7.347/1985[13].

E assim, por alguns anos, órgãos do Ministério Público de todo Brasil celebraram compromissos de ajustamento de condutas envolvendo fatos tipificados como atos de improbidade administrativa, até que com a aprovação do "Pacote Anti-crime" - Lei nº 13.964/2019 -, foi inserido na Lei de Improbidade Administrativa o § 1º, do artigo 17, estabelecendo que "As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei".

Ocorre que o art. 17-A que regulamentava a celebração do acordo de não persecução cível foi vetado pelo Presidente da República, o que fez com que o termo de ajustamento de conduta continuasse a ser celebrado até o advento da Lei nº 14.230/2021.

A Lei nº 14.230/2021 incluiu na Lei nº 8.429/1992 o artigo 17-B, que regulamentou a celebração do acordo de não persecução cível entre o Ministério Público e os investigados ou processados pela prática de atos de improbidade administrativa[14].

---

[12] O §2º, do artigo 1º, da Resolução nº 179/2017, estabeleceu que "É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado" (Brasil, 2017).

[13] Apesar de inserido na Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) por meio do art. 113, da Lei 8.078/1990 a primeira previsão do compromisso de ajustamento de conduta foi no artigo 211, da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

[14] Consta na inovação legislativa que: Art. 17-B. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados: (Vide ADI 7043) I - o integral ressarcimento do dano; II - a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados. § 1º A celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo dependerá, cumulativamente: I - da oitiva do ente federativo lesado, em momento anterior ou posterior à propositura da ação; II - de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação; III - de homologação judicial, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa. § 2º Em qualquer caso, a celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo considerará a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de

Da mesma forma que o acordo de não persecução penal, o acordo de não persecução cível deixou ao Ministério Público uma margem de discricionariedade para a celebração do acordo, ao estabelecer que o Ministério Público poderá celebrá-lo conforme as circunstâncias do caso.

De outro lado, ao contrário do que foi estabelecido expressamente como requisito para celebração do acordo de não persecução penal, no acordo de não persecução cível não está prevista a necessidade de confissão do aceitante.

Também em relação ao acordo de não persecução cível, doutrina e jurisprudência passaram a discutir a disponibilidade do direito tutelado, no caso, a probidade administrativa, bem como a disponibilidade do direito de liberdade da pessoa investigada ou processada, além da discricionariedade do Ministério Público para celebração dos acordos, tendo em vista, especialmente, a proteção do direito fundamental ao governo honesto.

3.3 Indisponibilidade do Direito Fundamental ao Governo Honesto?

A tutela da probidade administrativa visa a proteção do direito fundamental ao governo honesto, o qual pode ser entendido como o direito inerente a todas as pessoas de serem governadas e receberem serviços públicos prestados por agentes públicos honestos, guiados pela moralidade administrativa, que se abstenham de pleitear interesses próprios perante a Administração Pública em detrimento do interesse público[15]. Com propósito semelhante, mas valendo-se de nomenclatura diferente, Freitas (2009, p. 22) sustenta a existência de um direito fundamental à boa administração, caracterizado pela observância por parte da Administração

---

improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso. § 3º Para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias. § 4º O acordo a que se refere o caput deste artigo poderá ser celebrado no curso da investigação de apuração do ilícito, no curso da ação de improbidade ou no momento da execução da sentença condenatória. § 5º As negociações para a celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo ocorrerão entre o Ministério Público, de um lado, e, de outro, o investigado ou demandado e o seu defensor. (Vide ADI 7042) (Vide ADI 7043) § 6º O acordo a que se refere o caput deste artigo poderá contemplar a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, se for o caso, bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas. § 7º Em caso de descumprimento do acordo a que se refere o caput deste artigo, o investigado ou o demandado ficará impedido de celebrar novo acordo pelo prazo de 5 (cinco) anos, contado do conhecimento pelo Ministério Público do efetivo descumprimento. (Vide ADI 7042) (Vide ADI 7043)

[15] Sobre o direito fundamental ao governo honesto, afirma Oliveira Júnior (2020, p. 180) que "quando se afirma a existência de um direito fundamental ao governo honesto, está-se a afirmar o direito do cidadão de que os agentes públicos, responsáveis pelas políticas de governo, bem como pelas políticas públicas, além da prestação dos serviços públicos, atuem em estrita observância da lei e da moral, na defesa do interesse público, abstendo-se de patrocinar interesse pessoal (ou de terceiro a quem queira beneficiar) perante a administração pública".

Pública dos princípios constitucionais que a regem, notadamente os princípios da eficiência, moralidade, imparcialidade e motivação.

O reconhecimento da fundamentalidade do direito ao governo honesto, ou da probidade administrativa ou da boa administração, como preferir chamar, traz como consequência a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a irrenunciabilidade dos direitos e interesses tutelados, exigindo-se uma análise acerca de uma suposta indisponibilidade do direito fundamental. Nesse sentido, a negociação realizada por meio da celebração de um acordo de não persecução penal ou de um acordo de não persecução cível, tendo como partes o Ministério Público e o agente violador da norma, não violaria a indisponibilidade do direito fundamental ao governo honesto?

A tese que se sustenta neste estudo é no sentido de que a indisponibilidade do direito fundamental ao governo honesto não implica automática inegociabilidade, pois a negociação não implica renúncia ou alienação de direitos, mas sim na busca de um acordo que proteja efetivamente os direitos e interesses tutelados pela norma.

Nesse sentido, quando se pensa que de acordo com estudos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) o tempo médio de tramitação de ações de improbidade administrativa em primeira instância é de 4.2 anos, bem como que além disso deve ser considerado também o prazo de tramitação do inquérito civil em regra instaurado para investigação extrajudicial da prática do ilícito, além do fato de que ao fim dos processos apenas 1,65% dos requeridos se tornam inelegíveis, a celebração do acordo de não persecução cível parece ser de maior interesse para a preservação do interesse público, pois possibilita mais célere reparação dos danos e responsabilização do agente[16]. Inclusive, o citado estudo do CNJ apontou que "O ressarcimento (total) foi observado em 4,00% dos processos e o parcial ocorreu em 6,40% dos processos" (Brasil, 2015).

Os processos criminais também são demorados, caros e muitas vezes infrutíferos em razão da incidência da prescrição da pretensão punitiva retroativa, com base na pena *in concreto*, de modo que o acordo de não persecução penal se apresenta como uma ferramenta bastante importante para a efetiva tutela do bem jurídico.

---

[16] O estudo do CNJ aponta que "De forma geral, pode-se observar que de todos os processos registrados, pelo menos um terço são contra Prefeitos ou Ex-Prefeitos, além disso, a maioria dos que sofreram processos é do sexo masculino. Ainda com relação aos referidos processos, mais de 60% deles tiveram a proibição ou a suspensão do mandato, além disso, 25% tiveram perda da função. Somente 1,65% tornaram-se inelegíveis. Com relação ao tempo médio decorrido entre a data da ação foi de 4,24 anos. No caso de comparações, no caso dos processos das Varas Federais, o tempo entre a data da ação e o julgamento foi menor que nas Varas Estaduais, o tempo de pessoas físicas é menor que o de pessoas jurídicas e o tempo para agentes públicos é menor que os processos para aqueles que não são agentes públicos" (Brasil, 2015).

A negociação envolvendo atos de improbidade administrativa não tem o escopo principal de beneficiar o agente ímprobo, mas sim de permitir um acordo benéfico para ambas as partes, assegurando-se à sociedade o ressarcimento do dano provocado, bem como ao agente beneficiado a aplicação de uma responsabilização compatível com o ato praticado.

Evita-se que o bem jurídico não seja devidamente tutelado em razão de eventual prescrição, não reparação do dano ou improcedência dos pedidos, bem como que o agente ímprobo tenha que passar pelo desgaste de um processo. Conforme argumenta Venturi (2016), "Ao contrário do que se poderia pensar, a titularidade dos direitos indisponíveis não é afastada - senão reafirmada - por conta do respeito à autonomia das vontades direcionadas à realização de eventuais transações sobre os mesmos".

Mas não apenas os direitos fundamentais ligados à tutela da probidade administrativa merecem especial atenção, sendo devida a análise acerca dos direitos fundamentais do agente que celebra o acordo com o órgão estatal.

3.4 Indisponibilidade do Direito Fundamental de Liberdade do Investigado ou do Processado?

A fundamentalidade do direito à liberdade tem assento constitucional no artigo 5º, *caput*, da Constituição de 1988, o qual estabelece expressamente a inviolabilidade da liberdade dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no Brasil. Os direitos fundamentais são produto do constitucionalismo liberal, criados como limites ao poder do Estado (Steinmetz, 2004, p. 64), sendo que os direitos de liberdade são classificados como os direitos fundamentais de defesa e de primeira geração consagrados.

Por isso, surge a indagação acerca da existência de uma violação ao direito de liberdade do indivíduo na celebração de acordos de não persecução penal e de não persecução cível, nos quais mediante prévia aceitação dos termos do acordo, são aplicáveis sanções ao aceitante, sendo que no caso do acordo na esfera penal é imprescindível a confissão da existência e da autoria do delito.

O primeiro aspecto a ser esclarecido é o de como o direito de liberdade poderia estar sendo violado mediante a celebração dos acordos de não persecução cível e penal. No caso, a liberdade de escolha[17] da pessoa investigada ou processada estaria sendo violada, pois diante

[17] Aqui se apresenta a liberdade numa perspectiva "negativa", de acordo com o pensamento de Alexy, o qual afirma que "Se o objeto da liberdade é uma alternativa de ação, falar-se-á em uma 'liberdade negativa'. Uma pessoa é livre em sentido negativo na medida em que a ela não são vedadas alternativas de ação" (20008, p. 222)

da gravidade das possíveis consequências da não celebração do acordo, notadamente o enfrentamento de um processo cível ou criminal com severas sanções em caso de procedência dos pedidos, a pessoa acabaria por se sentir constrangida a aceitar o acordo e, consequentemente, as sanções vinculadas ao acordo a título de obrigações.

Além dessa violação à liberdade de escolha, a questão também pode ser analisada sob a perspectiva da violação das liberdades materiais que podem ser suprimidas diante da celebração de acordos de não persecução cível e penal. É o que ocorre com a liberdade de disposição de bens, pois ao aceitante do acordo poderão ser impostas prestações pecuniárias, multas e reparação de danos, bem como limitações à liberdade de locomoção, diante da imposição de restrições de acesso a determinados locais, além de restrições à liberdade de trabalho mediante a imposição de prestações de serviços à comunidade, dentre outras.

Todas essas sanções que atingem o direito à liberdade da pessoa acabam sendo aplicadas sem a existência de um contraditório e ampla defesa, mediante a simples aceitação pela pessoa investigada ou processada das condições estipuladas pelo Ministério Público. Haveria, assim, uma violação do direito fundamental indisponível da liberdade da pessoa que celebra o acordo de não persecução penal ou cível? A tese aqui sustentada é no sentido de que não.

A negociabilidade nos acordos de não persecução cível e penal, ainda que limitem ou restrinjam a liberdade do aceitante, figura como efetivo exercício da autonomia privada, corolário do princípio da liberdade consagrado pelo constitucionalismo liberal. A própria negociabilidade apresenta-se como um efetivo direito subjetivo da pessoa investigada ou processada que preenche os requisitos previstos na lei para a celebração dos acordos de não persecução cível ou penal[18].

Destarte, não há que se falar em inegociabilidade nos acordos de não persecução penal e cível sob a alegação de que haveria violação ao direito fundamental à liberdade da pessoa, sendo indevida a invocação do argumento de indisponibilidade do citado direito fundamental para impossibilitar a celebração dos acordos. Em verdade, a negociabilidade nos acordos de não persecução cível e penal, dentro dos parâmetros legais serve para proteger o direito

[18] Sobre a liberdade nas sociedades modernas, afirma Honneth (2015, p. 128) que "Nas sociedades modernas e liberais prevalece, desde seus primórdios, uma unidade altamente abrangente, pois os indivíduos só podem se compreender como pessoas independentes dotadas de uma vontade própria se contarem com direitos subjetivos que lhes concedam uma margem de ação que, protegida pelo Estado, lhes possibilite uma prospecção de suas propensões, preferências e intenções. A ideia de que a bas de todas as nossas liberdades apresenta uma autonomia privada juridicamente garantida, a concepção assim delineada, passou até hoje por poucas mudanças".

fundamental de liberdade da pessoa investigada ou processada, consagrando a autonomia privada, um dos pilares da liberdade na perspectiva liberal.

3.5 A Questão da Proporcionalidade

A negociabilidade por meio de acordos de não persecução penal e cível envolvendo ilícitos de corrupção, seja sob a perspectiva da proteção do direito fundamental ao governo honesto tutelado pelo Ministério Público, seja do direito à liberdade da pessoa aceitante, deve ser analisada a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Isso porque a mera legalidade não é suficiente para resguardar os interesses e direitos envolvidos, tendo em vista que o que se questiona é exatamente se o Estado não está por meio da legislação que estabeleceu os institutos do acordo de não persecução penal e cível, abrindo mão indevidamente do interesse social na proteção do direito fundamental ao governo honesto, ou ainda suprimindo a liberdade da pessoa investigada ou processada.

Os princípios são mandamentos de otimização aplicados por meio de um processo de ponderação, diferentemente das regras que são mandamentos definitivos que seguem a regra do tudo ou nada, sendo esta diferenciação denominada de qualitativa (Alexy, 2008, p. 86-91).

O princípio da proporcionalidade pretende impor ao Estado a utilização de meios adequados, bem como a proibição de meios desproporcionais (Garcia; Alves, 2006, p. 83), possuindo três elementos constitutivos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito[19].

A aplicação do princípio da proporcionalidade, por meio da análise de seus três elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)[20], permite concluir que de fato a celebração de acordos de não persecução penal e cível envolvendo ilícitos de

---

[19] Nesse sentido, afirma Steinmetz (2004, p. 212) que "O princípio da proporcionalidade ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar ou promover o meio utilizado deve ser adequada, necessária e proporcionada".

[20] Sobre os três elementos do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), lecionam Garcia e Alves (2006, p. 86-87): "Consoante o primeiro elemento, a norma deve ser apta a alcançar a consecução do interesse público, o que denota ser imprescindível a presença de uma relação de adequação entre o meio utilizado e o fim visado, importando em nítida vedação ao arbítrio. [...] A norma será necessária quando não exceder os limites indispensáveis à consecução do objetivo almejado, devendo-se preferir ao meio menos lesivo aos direitos fundamentais. Em havendo possibilidade de escolha de outro meio, com idêntica eficácia, passível de impor menores limitações ao direito do cidadão, a norma não será necessária e consequentemente, será desproporcional. [...] Por último, deve ser verificada a proporcionalidade em sentido estrito, nítido mandamento de ponderação ou valoração, segundo o qual o conteúdo da norma deve ser o que melhor preserve os interesses envolvidos no caso específico em análise, demonstrando a correção da escolha do meio, vale dizer, sua "justa medida"; logo a constrição imposta pela norma deve ser inferior ao benefício que se pretenda obter com a sua edição, sob pena de infração ao princípio da proporcionalidade e consequente inconstitucionalidade".

corrupção, sejam crimes de corrupção previstos na legislação penal, sejam atos de improbidade administrativa, não violam o direito fundamental ao governo honesto da sociedade, bem como o direito de liberdade do aceitante do acordo.

Quanto à adequação, tais acordos atendem ao interesse público, na medida que reforçam a reprovabilidade do comportamento, proporcionam uma efetiva responsabilização, ainda que mais branda, diante da prática de ilícitos de corrupção, e resultam em economia dos órgãos estatais atuantes (Poder Judiciário, Ministério Público e Polícias); bem como são vantajosos para os aceitantes, que apesar de assumirem obrigações que podem ser encaradas como sanções mais brandas, evitam o risco de receber sanções judiciais mais severas.

Na perspectiva da necessidade, as obrigações estabelecidas nos acordos de não persecução cível e criminal estão satisfatoriamente limitadas pelo Código Penal e pela Lei de Improbidade Administrativa, não extrapolando os limites necessários para o alcance do objetivo da lei, qual seja, a responsabilização e reparação do dano dentro dos parâmetros estabelecidos na lei.

Por fim, quanto à proporcionalidade em sentido estrito, o conteúdo da norma preserva tanto o direito fundamental ao governo honesto da sociedade quanto o direito à liberdade do aceitante, evitando a tramitação de processos demorados, traumáticos e onerosos tanto para o Estado quanto para o aceitante.

Em síntese, na perspectiva do princípio da proporcionalidade, a celebração de acordos de não persecução penal e cível não violam o direito à liberdade do aceitante e promovem o direito fundamental ao governo honesto, não havendo portanto óbices jurídico-constitucionais à celebração de tais acordos.

4 CONCLUSÃO

Os acordos de não persecução penal e cível são mecanismos negociais recentemente inseridos no ordenamento jurídico brasileiro, cuja aplicação nos ilícitos de corrupção, seja na esfera criminal, nos crimes de corrupção, seja na esfera cível, no caso dos atos de improbidade administrativa, resultou num debate acerca da possibilidade de aplicação desses institutos nos casos de ilícitos de corrupção.

Tal discussão decorre do tradicional entendimento sustentado pela doutrina e jurisprudência brasileira no sentido de que os direitos fundamentais são indisponíveis e, portanto, não passíveis de negociação, de modo que a tutela do direito fundamental ao governo

honesto pertencente à sociedade e do direito à liberdade do investigado ou acusado, não poderiam ser objeto de negociação.

O emprego da indisponibilidade como argumento de vedação da negociabilidade envolvendo crimes de corrupção previstos na legislação penal, por meio do acordo de não persecução penal, bem como nos atos de improbidade administrativa previstos na lei de improbidade administrativa (ou no estatuto da cidade, que possui previsão de casos especiais de improbidade administrativa), resulta de um raciocínio normativo que não se coaduna com a tutela jurídica dos bens jurídicos envolvidos.

Conforme já apontado, a realidade até então constatada era da tramitação de processos extremamente demorados, onerosos tanto para o Estado quanto para o acusado, com resultados insatisfatórios, em razão de vários motivos, tais como a não reparação do dano, ausência de ressarcimento ao erário, prescrição, penas baixas etc. Essas situações fizeram com que a utilização de meios negociais passasse a ser uma alternativa que melhor atende ao interesse público, especialmente quando se compara os resultados obtidos e se aplica o princípio da proporcionalidade.

A partir da aplicação do princípio da proporcionalidade e de seus três elementos, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, conclui-se que a celebração dos acordos de não persecução penal e cível são adequados à preservação do interesse público, reforçando a reprovabilidade do comportamento, proporcionando um responsabilização e resultando em economia para os órgãos estatais envolvidos, sendo também mais favorável para os aceitantes que assumem obrigações mais brandas do que as previstas no preceito secundário. Quanto à necessidade, os acordos têm regras estabelecidas na legislação pertinente, que não vão além do necessário para a proteção do bem jurídico, observando a devida responsabilização e reparação. Por fim, a análise de proporcionalidade em sentido estrito, a partir do emprego da ponderação, demonstra que é preservado tanto o direito à liberdade do aceitante da proposta fundamental como promovido o direito fundamental ao governo honesto.

Assim, verifica-se que a tese sustentada neste trabalho, no sentido de que a negociação nos casos envolvendo ilícitos de corrupção, por meio da celebração de acordos de não persecução penal e acordos de não persecução cível, não viola os direitos e interesses tutelados, servindo para uma efetiva proteção do direito fundamental ao governo honesto, sem violar o direito à liberdade da pessoa investigada ou processada.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BASTOS, Fabrício Rocha. A interface entre a seara penal e a improbidade administrativa. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 82, p. 113-127, out./dez. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 22. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Lei de improbidade administrativa:** obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Coord: Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida... [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

BRASIL. **Código de Processo Penal - Decreto-Lei 3.689/1941**. Diário Oficial da União, 13.10.1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso: 06 fev. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, 5.10.1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 02 fev. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.914/1941**. Diário Oficial da União, 9.12.1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm. Acesso: 02 fev. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017**. Diário Oficial da União, 26.7.2017. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf. Acesso: 06 fev. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017**. Diário Oficial da União, 7.8.2017. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf. Acesso: 06 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 2138.** Relator: Ministro Nelson Jobim. Julgamento: 13 de julho de 2007. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/756839/reclamacao-rcl-2138-df . Acesso: 01 jan. 2023.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa e crimes de prefeitos.** São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Madri: Editorial Trotta, 2001.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa.** 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

HONNETH, Axel. **O direito da liberdade.** Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

HOFFBAUER, Nelson Hungria. **Comentários ao código penal.** V. IX - arts. 250 a 361. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo:** meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 23. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA JÚNIOR, José de. **As misérias da corrupção:** o direito fundamental ao governo honesto. Curitiba: Instituto Memória, 2020.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo.** 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una nperspectiva global. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, v. 25, núm. 76, p. 179-180, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; MOELLER, Uriel. Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, n. 147, p. 13-35, 2016.

VENTURI, Elton. Transação de dieitos indisponíveis? **Revista de Processo**, v. 251, p. 391-426, jan. 2016.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán.** 3. ed. castellana da 12. ed alemán. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1987.